Der
Rechtscharakter der Vertretung
nach § 31 und § 164
des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eine vergleichende Studie.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Paul Hertz,
Referendar in Hamburg.

ACAD. LEIDEN BAT. BIBL.

HAMBURG 1905.
Druck von Berngruber & Henning, gr. Reichenstr. 53.

Seinem lieben Onkel.

Litteratur-Verzeichnis.

Biermann, Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. Berlin 1900.

Birkmeyer, Encyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901.

Blau, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1902.

Brach, Zu § 164 Abs. 2 B. G. B. (In No. 22 der Zeitschrift »Das Recht« 1901.)

Buchka, Die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen. Rostock und Schwerin 1852.

Codex Maximilianeus Bavaricus. München 1821.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches. (Band 1.) Jena 1900.

David, Stellvertretung ohne Kundgebung des Vertretungswillens. (In No. 20 der Zeitschrift »Das Recht« 1901.)

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußens. (Band 1.) Halle 1902.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Band 1.) Marburg 1904.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. (Band 1.) Marburg 1901.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig. (cit. R. G.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Leipzig. (cit. R. G. Strafsachen.)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Stuttgart.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888. (cit. Entwurf.)

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. München 1902.

Fleck, Der Bote *(nuntius)*. (Im »Archiv für bürgerliches Recht.« Band 15.) Berlin 1899.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. (Band 1.) Berlin 1896.

Gierke, Das Wesen der menschlichen Verbände. Rektoratsrede. Berlin 1902.

— Deutsches Privatrecht. (Band 1.) Leipzig 1885.

— Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Goldmann-Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt. (Band 1.) Berlin 1901.

Goldschmidt, Kritische Prüfung der gegen die Zulässigkeit der direkten Stellvertretung vorgebrachten Argumente. Inaug. Diss. Greifswald 1896.

Gradenwitz, Wortverzeichnis zum bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1902.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Band 44, 45.) Berlin.

Hellmann, Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1881.

— Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht. (In »Iherings Jahrbüchern« Band 42.) Jena 1901.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Leipzig 1885.

Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. (Im »Archiv für die civilistische Praxis« Band 73.) Freiburg i. B. 1888.

Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. (Band 1.) Leipzig und Berlin 1904.

Hupka, Die Vollmacht. Leipzig 1900.

Isay, Die Geschäftsführung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich. Jena 1900.

— Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B. G. B. (In »Iherings Jahrbüchern« Band 44.) Jena 1902.

Klingmüller, Deliktshaftung der juristischen Personen. (In No. 11 der »Deutschen Juristenzeitung« 1902.)

— Der Begriff der Vertretungsorgane. (In No. 7 der »Deutschen Juristenzeitung« 1902.)

— Zur Deliktsfähigkeit juristischer Personen. Inaug. Diss. Breslau 1900.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Band 1.) Berlin 1904.

Korn, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Personen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. (In der Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für den Geheimen Justizrat Dr. Richard Wilke zum 11. Sept. 1900.) Berlin 1900.

Krückmann, Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches. Göttingen 1901.

Krüger, Die Haftung der juristischen Personen aus unerlaubten Handlungen nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche. Berlin 1901.

Krüger-Mommsen, *Corpus iuris civilis.* (Band 1.) Berlin 1899.

Krüger-Studemund, *Gaii institutiones.* Berlin 1877.

Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. (Band 1.) Berlin 1904.

Lenel, Stellvertretung und Vollmacht. (In »Iherings Jahrbüchern« Band 36.) Jena 1896.

— Zur Deliktshaftung der juristischen Personen. (In No. 1 der »Deutschen Juristenzeitung« 1902.)

Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich und des preußischen allgemeinen Landrechts. (Band 1.) Berlin 1900.

Levy, Begriff und Rechtsnatur der Korporationsorgane nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug. Diss. Jena 1904.

Liebe, Das bürgerliche Recht nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche. (Band 1.) Leipzig 1904.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte. (In den »Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts« von Leonhard.) Breslau 1901.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. (Band 1.) Berlin 1900.

Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1901.

Mitteis, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts. Wien 1885.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin und Leipzig 1888. (cit. Motive.)

Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch. (Band 1.) Berlin 1899.

Münzer, Welche Folgen hat ein Irrtum des Stellvertreters oder des Prinzipals bei einem von Ersterem abgeschlossenen Rechtsgeschäft? Inaug. Diss. Erlangen 1897.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. (Band 1.) Berlin 1903.

Nöldecke, Die außerkontraktliche Haftung für fremdes Verschulden nach den §§ 831 und 832. (In »Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts.« Band 41.) Berlin 1897.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Band 1.) Berlin 1903.

Preuß, Stellvertretung oder Organschaft. Eine Replik. (In »Iherings Jahrbüchern.« Band 44.) Jena 1902.

— Über Organpersönlichkeit. (In »Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Forstwirtschaft im deutschen Reich.« Heft 2.) Leipzig 1902.

Protocolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897. (cit. Protocolle der zweiten Kommission.)

Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.

Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Berlin 1899. (cit. Rehbein.)

— Entscheidungen des preußischen Obertribunals. Berlin 1886.

Reineke, Die Haftung der juristischen Person für die Handlungen ihrer Vertreter und Gehülfen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Inaug. Diss. Göttingen 1900.

Rhomberg, Körperschaftliches Verschulden. Inaug. Diss. München 1899.

Rosin, Deutsches Privatrecht (Kollegheft). Freiburg i. Br. 1901.

Ruhstrat, Zur Lehre von der Stellvertretung. (In »Iherings Jahrbüchern.« Band 26.) Jena 1888.

Sänger, Erläuterung des § 31 bürgerlichen Gesetzbuches. Inaug. Diss. Jena 1903.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840.

Schering, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Berlin 1862.

Schloßmann, Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Recht. Leipzig 1881.

— Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen. (Teil 1.) Leipzig 1900. (cit. Schloßmann II.)

— Organ und Stellvertreter. (In »Iherings Jahrbüchern.« Band 44.) Jena 1902.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. (Bd. 1.) Jena 1900.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. (Band 3.) Berlin 1898.

Teulet, *Les codes de l'empire français.* Paris 1868.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. (Band 2.) Leipzig 1863.

NB. Die in der Arbeit ohne weiteren Zusatz citierten Paragraphen verweisen auf das B. G. B.

Inhaltsangabe.

A. Der Laienbegriff der Vertretung und die juristische Vertretung. (§ 1.)

B. I. Historischer Teil.

1. Die Vertretung im römischen Rechte. (§ 2.)

a. Die unmittelbare Vertretung war im *ius civile* unbekannt. (§ 3.)

b. Etwas der heutigen Vertretung Ähnliches ergab sich aus dem Institut der *patria* und *dominica potestas.* (§ 4.)

c. Im *ius honorarium* wurden die *actiones adiecticiae qualitatis* durch den Prätor geschaffen. (§ 5.)

d. Die indirekte Vertretung durch einen *procurator.* (§ 6.)

e. Das Princip der Unzulässigkeit der direkten Vertretung im *ius civile* wurde für einige Rechtsinstitute durchbrochen. (§ 7.)

2. Die Vertretung im gemeinen Rechte. (§ 8.)

a. Azo und Accursius lehrten noch die Unzulässigkeit der unmittelbaren Vertretung. (§ 9.)

b. Das kanonische Recht trat für die Zulässigkeit der direkten Vertretung ein. (§ 10.)

c. Im 16. Jahrhundert wurde die Zulässigkeit der unmittelbaren Vertretung angebahnt, im 17. Jahrhundert wurde die direkte Vertretung wirklich in das Rechtsleben eingeführt. (§§ 11, 12.)

II. Dogmatischer Teil.

1. Das Wesen der Vertretung nach § 164 B. G. B. (§ 13.)

a. Die bei der Vertretung in Betracht kommenden Personen.

α. Die Person des Dritten. (§§ 14, 15.)

β. Die Person des Vertreters; Vertreter und Bote. (§§ 16, 17.)

γ. Die Person des Vertretenen; wer ist Paciscent? (§ 18.)

b. Die Voraussetzungen für eine wirksame Vertretung. (§ 19.)

α. Ein Geschäft, das durch einen Vertreter vorgenommen werden kann.

β. Eine Person, die zur Abgabe oder Entgegennahme vertretender Willenserklärung fähig ist.

γ. Vertretungsmacht.

δ. Vertretungswille und Erklärung desselben.

αα. Der Vertreter braucht nicht im ausschließlichen Interesse des Vertretenen zu handeln,

ββ. Erörterung des § 164 Abs. 2 und 3 B. G. B.

c. Vertretung ist ausgeschlossen: (§ 20.)

α. Wenn im Gesetze persönliche Anwesenheit der Beteiligten vorgeschrieben ist.

β. Wenn die Vertretung ausdrücklich im Gesetz ausgeschlossen ist.

γ. Wenn einseitige Rechtsgeschäfte ohne Vertretungsmacht abgeschlossen werden.

δ. Im Falle des § 181 B. G. B.

d. Die Arten der Vertretung: (§ 21.)

α. Die gewillkürte Vertretung.

β. Die gesetzliche Vertretung.

2. Das Wesen der Vertretung nach § 31 B. G. B. (§§ 22, 23.)

a. Die Haupttheorien über die Konstruktion der juristischen Person:

α. Die Fiktionstheorie. (§ 24.)

β. Die Genossenschaftstheorie. (§ 25.)

γ. Der Standpunkt des B. G. B. (§§ 26—28.)

b. Organ und verfassungsmäßig berufener Vertreter. (§§ 29—33.)

c. Die Haftung für Handlungen der Organe und ihre Voraussetzungen:

α. Die Haftung für Handlungen der Organe. (§ 34.)

αα. Im Allgemeinen. (§§ 35—37.)

ββ. Insbesondere die Haftung der

öffentlich-rechtlichen Verbände für Handlungen der Organe im Gebiete des Privatrechts. (§§ 38—40.)

$\gamma\gamma$. Haftung für andere, nicht verfassungsmäßig berufene Vertreter, deren sich der Verein oder ein Organ bedient. (§ 41.)

β. Die Voraussetzungen:

$\alpha\alpha$. Die Organe müssen den Schaden „in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen", (§ 42.)

$\beta\beta$. nicht „bei Gelegenheit" der Ausführung Dritten zugefügt haben. (§ 43.)

$\gamma\gamma$. Der Handlung steht das Unterlassen gleich. (§ 44.)

$\delta\delta$. Unter »Schade« im Sinne des § 31 B. G. B. ist nicht nur der außerkontraktliche, sondern »jeder« Schade zu verstehen. (§§ 45—49.)

C. Ergebnis:

Die Vorschriften des § 31 B. G. B. haben mit der Stellvertretung des § 164 B. G. B. nichts zu tun. (§ 50.)

A.

§ 1.

Wenn auch das tägliche Leben das Wort »vertreten« und seine Derivativa »Vertretung«, »Vertreter« etc. in mannigfacher Anwendung kennt,[1]) so sollte man doch annehmen, daß ein modernes Gesetzbuch, wenn es von »vertreten« etc. spricht, diesen Begriff überall im gleichen Sinne verstanden wissen will. Betrachten wir aber die §§ 31 und 164 des bürgerlichen Gesetzbuches, so kommen wir zu dem Resultat, daß die Worte »Vertreter«[2]) und »Vertretener«[3]) in ihrem Hinweis auf das Rechtsinstitut der »Vertretung« den Schluß rechtfertigen, daß der Rechtscharakter der »Vertretung« in den §§ 31 und 164 ein verschiedener ist. — Dem Nachweise dieser Behauptung mögen die folgenden Ausführungen dienen. Nach einem Rückblick auf die geschichtliche Entwickelung der Vertretung werden wir im dogmatischen Teile die Vertretung nach § 164 und § 31 getrennt behandeln und im Schlußworte unsere Ergebnisse vorlegen.

[1] cf. Schloßmann, II. S. 15: „In der italienischen Küche vertritt das Öl, in der Küche des armen Mannes die Margarine die Stelle der Butter.“ — „Jemand vertritt Vaterstelle bei dem Kinde eines Verstorbenen oder Verschollenen, bei einem Findelkinde.“ — In dem Museum zu X. ist Rembrandt durch einige seiner besten Gemälde vertreten.“

[2] cf. § 31 B. G. B.

[3] cf. § 164 B. G. B.

B.

I. Historischer Teil.

§ 2.

„Das Rechtsinstitut und der Gedanke der Stellvertretung gehören nicht zu der großen römischen Erbschaft, die auf uns gekommen ist; Sache und Begriff sind vielmehr eine Errungenschaft, die das moderne Rechtsleben und die neuere Jurisprudenz mühsam genug sich selbst geschaffen haben.“ —

So sagt Mitteis in seiner »Lehre von der Stellvertretung«,[4]) und danach könnte es so scheinen, als ob der Baum, der uns als seine Frucht die Stellvertretung beschieden hat, lediglich auf dem Grund und Boden des modernen Rechts gepflanzt und hervorgesproßt wäre, während doch deutlich erkennbar seine Wurzeln sich unter dem Bau des römischen Rechtes hindurchziehen. Wie auf den meisten Rechtsgebieten, so sind wir auch bez. der Stellvertretung gelehrige Schüler der großen römischen Meister gewesen, die die Grundpfeiler dieses Rechtsinstitutes schon so errichtet hatten, daß wir nur nötig hatten, auf diesem sicheren Fundamente den Oberbau auszuführen.

§ 3.

Mag man auch darüber im Zweifel sein, in welchem Umfange die Stellvertretung im römischen Rechte

---

[4] Mitteis S. 1.

schließlich erlaubt war, so ist man sich heute doch darüber einig,[5] daß von einer »direkten« Stellvertretung im älteren römischen Rechte nicht gesprochen werden kann.

„Durch eigne Entschließung sollte man seine Rechte gestalten, das war römische Grundidee.“[6]

Dieses entsprang einerseits aus dem strengen Formalismus, der bei den einzelnen Rechtsgeschäften in den typischen Zeremonien und Wortformeln seinen Ausdruck fand.[7] Andrerseits war maßgebend „die dem römischen Rechte eigentümliche Ansicht von dem Wesen der Obligation als eines von der Person des Gläubigers und Schuldners untrennbaren Rechtsverhältnisses.“[8] Endlich war der Kreis der Geschäfte in jener Zeit, da die Gesetze der zwölf Tafeln einzig und allein galten, noch so wenig umfangreich, daß es einer Stellvertretung nicht bedurfte, und so bildete sich das Axiom aus: *„Per liberam personam adquiri nobis non potest.“*[9]

Damit war zugleich ausgedrückt, daß es sich für einen *civis Romanus* nicht zieme, seine Geschäfte durch einen anderen besorgen zu lassen.

§ 4.

Allerdings haben wir in dem dem römischen Rechte eigentümlichen Institute der *patria* und *dominica potestas*

[5] cf. Hupka S. 7.

[6] Dernburg S. 280.

[7] cf. *nexum, mancipatio, in iure cessio.*

[8] Buchka S. 1.

[9] Gains II. § 95.

und in deren Konsequenzen einen Anklang an die moderne Stellvertretung:

Was immer der Haussohn, der Hausuntergebene oder der Sklave erwarb, das erwarb er seinem Herrn, ohne daß dieser durch Rechtshandlungen jener verpflichtet wurde.

„Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.“[10] So wurde der Effekt der Stellvertretung in einer Beziehung erzielt; eine Stellvertretung aber, die sich mit dem heute geprägten Begriffe der Stellvertretung deckt, war dieses Handeln nicht.

„Denn der Sklave nahm diese Rechtsgeschäfte nicht als Vertreter seines Herrn, sondern im eignen Namen vor, ihm wurde mancipiert und stipuliert, nur fiel der Rechtserwerb aus seinen Verträgen dem Herrn zu. Dies war aber ein durchaus nebensächliches und für das Rechtsgeschäft irrelevantes Moment; zunächst war die Person des Sklaven als berechtigt intendiert, und er wurde auch wirklich berechtigt, falls das supponierte Gewaltverhältnis nicht existierte; ein deutlicher Beweis, daß das Rechtsgeschäft als solches gar keinen stellvertretenden Charakter hatte.“[11]

Der Ansicht, diese Art der Stellvertretung ganz aus dem Rechtsinstitut der Stellvertretung auszuschalten, wie Mitteis und andere Schriftsteller[12] es tun, können wir uns nicht anschließen. Der Umstand, daß der der *patria potestas* Unterworfene[13] stets zu Gunsten seines

[10] l. 133 D. 50.17.

[11] Mitteis S. 19.

[12] cf. Unger S. 134. Anm. 18.

[13] Mag er *filius familias* oder *servus* sein.

Gewalthabers Handlungen vornehmen konnte, spricht gar sehr dafür, in diesem Falle von Stellvertretung zu reden.[14]

§ 5.

In der einseitigen Bereicherung des Familienoberhauptes durch seine Haus- und Gewaltunterworfenen — v. Savigny nennt diese »Erwerbsinstrumente«[15] — lag, da ja der Vertragsgegner gegenüber den vermögenslosen Personen *alieni iuris* in der Verfolgung seines Rechtes ohnmächtig war, eine Unbilligkeit; diese beseitigte der Prätor, der auch sonst der Fortbildner des *ius aequum* war, indem er die *actiones adiecticiae qualitatis* einführte, durch welche der Gewalthaber neben dem Untergebenen verpflichtet wurde.[16]

§ 6.

Der mehr und mehr sich entfaltende Verkehr führte dahin, daß die Stellvertretung als sog. »indirekte« im römischen Rechtsleben Eingang fand. Wollte eine gewaltfreie Person für eine andere ein Rechtsgeschäft vornehmen, so tat sie dieses als *procurator* zunächst in eignem Namen, und die Wirkungen des Rechtsge-

---

[14] cf. Münzer S. 9.

[15] v. Savigny S. 93.

[16] Die *actiones adiecticiae qualitatis* waren diese: *actio quod iussu*, *a. de peculio*, *a. tributoria*, *a. de in rem verso*, *a. institoria*, *a. exercitoria*; die vier ersten *actiones* setzten ein Gewaltverhältnis voraus, die beiden letzten wurden auch gegeben, wenn eine gewaltfreie Person als Handlungsbevollmächtigter oder Kapitän angestellt war, — schon eine Annäherung an die Stellvertretung im modernen Sinne!

schäftes traten nur in ihrer Person ein. Durch einen besonderen Übertragungsakt *(cessio, delegatio)* von seiten des *procurator* auf den *dominus negotii* wurde dieser dann aus dem zwischen dem *procurator* und dem dritten abgeschlossenen Geschäfte direkt berechtigt und verpflichtet.

§ 7.

Schließlich mußte das römische Recht sich zur Einführung einer Stellvertretung mit »unmittelbarer« Wirkung für den Vertretenen entschließen, nachdem sich das bisherige Vorgehen als dem Verkehr hinderlich erwiesen hatte.

So finden wir denn im justinianischen Rechte, daß bei dem Erwerben und Aufgeben von Besitz und Eigentum[17] Stellvertretung mit »direkter« Wirkung für den Vertretenen auf Grund der l. 20 § 2 D. 41. 1. zulässig war:

„*Si ego et Titius rem emerimus eaque Titio et quasi meo procuratori tradita sit, puto mihi quoque quaesitum dominium, quia placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse et per hanc dominium.*“

Ferner stand, wenn ein Dritter einem anderen Geld im Auftrage des künftigen Darlehnsgläubigers geliehen hatte, diesem ohne weiteres die Klage auf Rückgabe *(condictio ex mutuo)* gegen den Darlehnsempfänger zu.[18]

---

[17] Anderer Ansicht ist Schloßmann, »Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischem und heutigem Rechte.« S. 47.

[18] l. 9 § 8 D. 12.1.

Noch bei einigen anderen Rechtsinstituten[19] war die »direkte« Stellvertretung zugelassen, sehr bestritten war sie beim Erwerbe eines Pfandrechtes.[20]

§ 8.

Während also im römischen Rechte das *ius civile* — von nur wenigen Ausnahmen abgesehen — bei Rechtsgeschäften regelmäßig eignes Handeln erforderte, das *ius honorarium* im Gegensatz dazu die Stellvertretung meistens zuließ, nahm das gemeine Recht den Standpunkt ein, daß es grundsätzlich erlaubt sei, statt eines anderen handelnd aufzutreten.

Man ist sich nicht recht klar darüber, wie diese veränderte Stellungnahme der Stellvertretung gegenüber erfolgt ist. Da auch das älteste deutsche Recht die Stellvertretung nicht kannte, —

„wie es unbedingte Ehrensache war, in den Vorkommnissen des Lebens seinen Mann zu stellen und persönlich einzustehen für alles, was einen traf, so war es auch Recht und Pflicht eines Jeden, nicht andere für sich sorgen zu lassen, wo es sich um Rechtsgeschäfte handelt“[21] —

so nimmt man an, daß modernes Gewohnheitsrecht[22] zur Änderung des römischen Grundsatzes führte.

---

[19] cf. l. 8 C. 3.42; l. 3 C. 8.55; l. 13 pr. D. 13.7.
[20] cf. l. 11 § 6 D. 13.7; l. 21 pr. D. 20.1.
[21] Heusler Bd. I S. 203.
[22] cf. Motive S. 223.

§ 9.

Noch bis in das 16. Jahrhundert wurde die Praxis, den Lehren von Azo und Accursius folgend, von der Unzulässigkeit der »direkten« Stellvertretung beherrscht. Azo[23] nämlich „faßte die Bestimmungen, nach welchen in einzelnen Fällen aus den auf den Namen eines Dritten abgeschlossenen Verträgen eine Klage gegeben wird, als Anomalien auf . . . .“[24] und Accursius[25] „stellt das Prinzip an die Spitze, daß der auf den Namen eines Dritten abgeschlossene Vertrag nichtig ist und die hiervon im römischen Rechte anerkannten Ausnahmen wegen ihrer anomalen Natur nicht zur Ziehung weiterer Konsequenzen berechtigen.“[26]

§ 10.

Das kanonische Recht dagegen trat für die Zulässigkeit der »unmittelbaren« Stellvertretung ein. Nach der Ansicht Gregor's IX. stand es fest, daß durch den Vertrag des *servus publicus*, „womit offenbar der Notar gemeint ist,“[27] dem abwesenden Dritten das Recht aus dem Vertrage erworben wurde.

---

[23] cf. Summa in Tit. C. *Per quas personas nobis adquir.* (4. 27.)
[24] Buchka S. 122/123.
[25] cf. Gloss. v. *nihil agit* § 4 I. *de inutil. stipul.* (3. 20.)
[26] Buchka *eod. loc.*
[27] Buchka S. 146/147.

§ 11.

Im 16. Jahrhundert trat dann, da die Unzulässigkeit der Stellvertretung sich im Rechts- und Geschäftsverkehr als ein gewaltiges Hindernis fühlbar machte, ein Umschwung zu Gunsten der »direkten« Stellvertretung ein, trotzdem Donellus noch immer auf der Basis des reinen römischen Rechtes seine Lehren von der Stellvertretung aufbaute.

§ 12.

Im 17. Jahrhundert endlich wurde die Einführung des lange ersehnten Rechtsinstitutes in das Rechtsleben unter vollkommner Emancipation von den Fesseln der römischen Quellen verwirklicht. Seitdem werden die verschiedenen neueren Kodifikationen von dem Prinzipe der »direkten« Stellvertretung beherrscht.

So heißt es im *Codex Maximilianeus Bavaricus:* „Was *primo* Mandatarius nicht für sich, oder in eigener Sache, sondern von Commissionswegen mit einem Dritten handelt und schließet, ist eben so viel, als hätte solches der Principal selbst gethan, und erwächst mithin hieraus seines Orts *Actio et Obligatio* in Ansehen des Dritten, ohne daß man zu dem Ende von dem Mandatario einer vorläufigen Cession heut zu Tage mehr bedarf.“ [28]

Auch das »Preußische Allgemeine Landrecht« setzt fest, daß das,

[28] Th. IV. cap. 9 § 7.

„was der Bevollmächtigte zufolge des erhaltenen Auftrages mit einem Dritten verhandelt, den Machtgeber eben so verpflichtet, als ob die Verhandlung mit ihm selbst vollzogen wäre,“[29]

und ferner bestimmt es:

„Wer mit einem Bevollmächtigten kontrahiert hat, muß sich wegen Erfüllung des Vertrages in der Regel an den Machthaber halten.“[30]

Endlich lautet der Art. 1998 des *Code civil*:

„Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés pour le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné“[31]

---

[29] I. 13. § 85.

[30] eod. loc. § 153.

[31] cf. Bayr. Landrecht IV. c. 9 § 7; Sächs. Gesetzbuch §§ 788. 1317; Schweiz. Oblig. R. Art. 36/37.

II. Dogmatischer Teil.

§ 13.

Diesen Gesetzgebungen sich anschließend hat auch das B. G. B.,

„da für den heutigen Verkehr die grundsätzliche Zulässigkeit der Vornahme von Rechtsgeschäften durch Vertreter ein unabweisbares Bedürfnis ist,“[32]

die »unmittelbare« oder »direkte« Vertretung anerkannt.

Obwohl nach Kohler der Ausdruck »Stellvertretung« »treffender und voller«[33] ist, finden wir bei genauer Durchsicht des Gesetzestextes in diesem mit einer einzigen Ausnahme[34] (E. G. Art. 78) stets die kürzere Bezeichnung »Vertretung« angewandt, wie z. B. die §§ 26, 164 ff., 714, 715, 1278, 1357, 1630, 1633, 1635, 1648, 1707, 1748, 1750, 1751, 1765, 1793, 2064, 2274, 2282, 2290, 2296, 2347, 2351 und 2352 beweisen.

Die allgemeinste Regelung des in Frage stehenden Rechtsinstitutes enthalten die §§ 164 ff., und es mag nunmehr zunächst unsere Aufgabe sein, ein ausführliches Bild der Vertretung des B. G. B. zu geben, wie wir es aus den Normen des § 164 gewinnen.

---

[32] Motive I. S. 223.

[33] Holtzendorff-Kohler I. S. 597.

[34] Schloßmann meint II. S. 72, der Gesetzgeber scheine das Wort »Stellvertreter« da zu bevorzugen, wo es sich um Vertretung eines Beamten handelt. Cf. außer E. G. Art. 78 noch G. V. G. § 83 und Gesetz v. 17. März 1878 betr. Vertretung des Reichskanzlers.

§ 14.

So oft in der Jurisprudenz von Vertretung die Rede ist, haben wir, wie Schloßmann[35] sagt, drei Personen zu unterscheiden, den Vertretenen, den Vertreter und »den Dritten.« Es ist nicht immer nötig, daß der Dritte individuell bestimmt ist, es genügt, wenn er, der auch eine Gesamtheit sein kann, eine „vorläufig unbestimmte, erst durch ein künftiges Ereignis zu bestimmende Person“[36] ist.

Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Vertreter bestellt ist, um Waren schlechthin zu verkaufen. Der Dritte ist dabei »vorläufig« noch unbestimmt und wird erst dann, wenn der Vertreter eine bestimmte Person zum Abschlusse des Geschäftes ins Auge faßt, eine *certa persona.*

Sich dieser Ansicht Schloßmann's bedingungslos anzuschließen, ist uns nicht möglich, denn für »alle« Fälle von Vertretung ist die Dreizahl der Personen nicht durchaus erforderlich. Wer im Namen des Vertretenen handelt, steht nämlich nicht immer einer dritten Person gegenüber und schafft daher nicht direkt stets Beziehungen zwischen dem Geschäftsherrn und einem Dritten.

Wohl ist dieses der Fall, wenn jemand als Vertreter einen Vertrag (wie Kauf, Miete etc.) abschließt oder eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (wie

---

[35] cf. für die folgenden Ausführungen Schloßmann II. und Manigk.

[36] Schloßmann II. S. 36.

Mahnung, Kündigung etc.) abgibt. Wird aber z. B. bei der Dereliktion einer Sache[37] durch einen Vertreter eine Beziehung zu einem Dritten geschaffen? Der Vertreter derelinquiert die Sache im Namen des Eigentümers, doch ein »Dritter« ist noch nicht direkt am Tatbestande beteiligt.

§ 15.

Wenn nun Schloßmann diesen Fall nicht ausdrücklich erwähnt, so dürfen wir bei der in seinem Werke herrschenden Gründlichkeit und erschöpfenden Darstellung wohl annehmen, daß ihm dieser ev. Einwand nicht entgangen ist. Der Gedankengang Schloßmann's ist wohl der gewesen: Nicht »unmittelbar« ist eine dritte Person bei der Dereliktion beteiligt, immerhin aber kommt eine dritte Person in dem Sinne in Betracht, daß der Vertreter sich bewußt oder wenigstens bewußt sein muß, daß er durch seine Handlungsweise eine Veränderung in der Rechtslage „der Gesamtheit gegenüber" herbeiführt und so jedem beliebigen, allerdings noch nicht bestimmten Dritten, die Möglichkeit der Okkupation schafft.

§ 16.

Die Handlungen des Vertreters sind Arbeitsleistungen, die für den Vertretenen so vorgenommen werden, daß der unmittelbare wirtschaftliche Erfolg dieser

[37] cf. Manigk S. 376.

Handlungen ihm allein zu Gute kommen soll. Dem Vertreter selbst soll sein Handeln weder nützen noch schaden; damit ist aber ein Entgelt für seine Mühewaltung nicht ausgeschlossen. Wie wir denn auch sehen, daß der Geschäftsführer, der Vormund etc. besoldet werden. Das Honorar dieser aber resultiert nicht »aus« dem Geschäfte, das der Vertreter in seiner Eigenschaft als solcher vornimmt, sondern ist ein Entgelt, eine Leistung, die auf Grund des das Innenverhältnis begründenden, die Vertretung schaffenden Rechtsgeschäftes geschuldet wird.

Dem Vertreter ist eigentümlich, daß er fremde Geschäfte besorgt, und zwar bisweilen zusammen mit eigenen. Er steht zum Vertretenen im Verhältnis eines Beauftragten, mag er nun ein einzelnes Geschäft oder einen Kreis von Geschäften für den Geschäftsherrn besorgen. Bei den für diesen vorzunehmenden Geschäften geht der Vertreter selbständig vor, sei es daß er den Geschäftsinhalt, sei es, daß er Ort und Zeit des Geschäftsabschlusses nach eigenem Ermessen bestimmt. An Stelle des Willens des Geschäftsherrn tritt der Wille des Vertreters, und zwar mit der Wirkung,

„daß alles so gehalten wird, wie wenn die von ihm — d. h. dem Vertreter — vertretene Person ihren eigenen Willen selber ausgesprochen hätte.“[38]

§ 17.

Die Tätigkeit des Vertreters kann sehr verschieden

[38] Krückmann S. 186.

sein, wird aber von Schloßmann falsch charakterisiert, wenn er sagt:

„Was nur immer für die Förderung unserer Interessen notwendig und nützlich sein kann, das kann -- ausschließlich natürlich höchst persönlicher Dinge — möglicherweise in den Kreis der Funktionen jener Person — d. h. des Vertreters — fallen: Dienste rein mechanischer Art ebenso gut wie solche, die das höchste Maß von Intelligenz, von wissenschaftlichen und höheren technischen Kenntnissen und Fertigkeiten und von Eigenschaften des sittlichen Charakters erheischen.“ [39]

Hier weist Schloßmann nämlich für die Begriffsbestimmung des Vertreters diesem Bestimmungsmerkmale zu, die wir als charakteristisch für den »Boten« in Anspruch nehmen. Mag auch, wie Schloßmann selbst erklärt,[40] die Grenzbestimmung zwischen dem Vertreter und Boten im einzelnen Falle oft schwer sein,[41] so ist doch unseres Erachtens eine Gleichstellung beider bez. grundsätzlicher Charakteristika nicht gutzuheißen.

---

[39] Schloßmann II. S. 45.
cf. Schloßmann II. S. 304 ff.

[41] Gibt es doch Vertreter, die an bestimmte Weisungen gebunden sind, und Boten, denen eine gewisse, wenn auch eng begrenzte Freiheit in ihrer Willensentschließung gestattet ist. — Ähnlich Cosack S. 219. — Andrer Ansicht ist Staudinger S. 402: Nach ihm verliert eine Person die Eigenschaft als Bote, „wenn ihr bez. des Geschäftsinhaltes »irgendwelche« Wahl zusteht;“ sie bleibt aber immer Bote, mag es ihr auch überlassen sein, „dem feststehenden Erklärungsinhalt stilistisch die ihr gut scheinende Form zu geben.“ — cf. Planck S. 283/284.

a.

Gemäß den Motiven[42] ist im „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich" unter Vertretung nur Vertretung »im Willen« verstanden; daher ist nicht Vertreter derjenige, dessen sich jemand zur Überbringung einer Erklärung bedient. Mögen auch die Wirkungen bei den Handlungen eines Boten und eines Vertreters oft dieselben sein, so kann man doch wohl — es ist ja schon eben bemerkt, daß es häufig schwierig ist, Vertreter und Boten scharf zu scheiden — zwischem dem Vertreter und dem Boten folgenden Unterschied machen: Der Bote erhält einen Auftrag in genau präcisierten Worten, von denen er grundsätzlich nicht abweichen darf, ohne vorher die Auskunft des Herrn einzuholen. Nicht der Bote nimmt die Handlung vor, sondern der Herr!

b.

Dem Vertreter aber wird die Ausführung eines Rechtsgeschäftes als „Ganzes" übertragen; es ist ihm überlassen, die Einzelheiten nach eigener Entschließung zu bestimmen. Er kann falls dieses ihm gut erscheint, von der Geschäftsausführung ganz absehen, während der Bote auf jeden Fall das auszurichten hat, was ihm aufgetragen ist, da er nur das Werkzeug des Erklärenden ist, nicht, wie der Vertreter, geistigen Anteil am Geschäfte hat.[43]

[42] cf. Motive S. 475.

[43] cf. Über Vertreter und Boten: Fleck und die Entscheidungen des O. H. G. Bd. 2. S. 402, 436; Bd. 13. S. 328; Bd. 18. S. 200; Bd. 20. S. 311 und Rehbein, Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 2 No. 236 Erk. a.

§ 18.

Über die rechtliche Natur der Vertretung herrscht lebhafter Streit, und zwar stehen sich in der Theorie hinsichtlich der Frage, wer als der wahre Paciscen anzusehen ist, der Vertretene oder der Vertreter, hauptsächlich zwei Ansichten gegenüber:

a.

Die einen[44] sagen, daß der »Vertretene« der Handelnde, der wahre Kontrahent sei, der den Vertreter beim Abschluß von Rechtsgeschäften als Mittel benütze und sich dienstbar mache. Es sei zwar Sache des Vertreters, das Rechtsgeschäft nach Form und Inhalt selbständig abzuschließen, dieses könne er aber nur, insoweit die Vollmacht ihn dazu ermächtige. Sei dem Vertreter auch eine noch so freie Stellung eingeräumt, so trete er dem Dritten gegenüber doch nur als der bloße Träger des Willens des Prinzipals auf. Da in der Vollmacht der Geschäftsherr schon im voraus erklärt habe, mit dem einverstanden zu sein, was der Vertreter vorbringen werde, so werde das Geschäft nur durch die vereinte Willenstätigkeit beider abgeschlossen, „die Willenserklärung des Vertreters sei in der Tat zugleich die des Vertretenen.“[45]

---

[44] cf. v. Savigny Bd. I. S. 59.; Rhomberg S. 29 ff.; Hellmann S. 14 ff.

[45] Rhomberg S. 30.

Diese Theorie drückt unseres Erachtens den Vertreter trotz der ihm gewährten Selbständigkeit im Handeln unbewußt zum Werkzeuge herab, ohne sich allerdings den Charakteristika des Boten ganz zu nähern.

b.

Dagegen behaupten eine Anzahl anderer Juristen,[46] die Vertreter der sog. Repräsentationstheorie,[47] deren Ansicht vorherrschend ist, folgendes:

Der »Vertreter« allein ist das juristisch handelnde Subjekt, er ist der Kontrahent, aber so, daß die Wirkungen des Geschäftes den Vertretenen treffen und verpflichten.

„Die Wirkungen des Vertrages — den der Vertreter mit dem Dritten schließt — werden vermöge rechtlicher Fiktion auf den Ersten — den Geschäftsherrn — bezogen, obgleich die Handlung, durch welche der Vertrag zustande gebracht wird, eine für ihn fremde ist.“[48]

Mag auch der Wille des Vertretenen bestimmend für die Erklärung des Vertreters sein, so gibt doch der Vertreter dem Dritten seinen eigenen Willen kund, dem allerdings je nach dem Inhalte der Vollmacht engere oder weitere Grenzen gezogen sind.

---

[46] cf. Meurer S. 155.

[47] Über eine Variante der Repräsentationstheorie, nach der „nicht der Stellvertreter allein und nicht der Vertretene allein und ausschließlich juristisch handelt, sondern daß sie beide juristisch wahrhaft handeln und beide Erzeuger des Rechtsgeschäftes sind“ cf. Mitteis S. 109 ff.

[48] Buchka S. 206.

§ 19.

Wirksame Vertretung setzt folgendes voraus:

α.

Ein Geschäft, das durch Vertreter vorgenommen werden kann. Der Grundsatz, von dem das B. G. B. beherrscht wird, daß nämlich für vermögensrechtliche Geschäfte unter Lebenden grundsätzlich Vertretung zulässig ist, ist schon im ersten Entwurfe[49] ausgesprochen. Dieser bestimmte:

„Ein Rechtsgeschäft kann, sofern nicht das Gesetz oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht, auch durch einen Vertreter oder gegenüber einem Vertreter vorgenommen werden.“[50]

β.

Ferner soll als Vertreter eine Person fungieren, die fähig ist, eine Willenserklärung[51] für den Vertretenen abzugeben oder entgegenzunehmen. Da einerseits das Rechtsgeschäft ein Geschäft des Vertreters ist, es aber so »angesehen« wird, als ob der Vertretene es vorgenommen hätte, so

---

[49] I. § 115.

[50] Diese Vorschrift wurde in der zweiten Kommission als »entbehrlich« gestrichen.

[51] Hier sei darauf hingewiesen, daß wir »Willenserklärung« und »Rechtsgeschäft« unterschiedlos gebrauchen; cf. hierzu Hellmann, »Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht« und Isay, »Zur Lehre von den Willenserklärungen nach dem B. G. B.«

„ergiebt sich daraus, daß die Voraussetzungen der Gültigkeit des Geschäftes in der Person des Vertretenen insoweit gegeben sein müssen, als ohne sie eine Beziehung auf den Vertretenen nicht möglich ist.“[52]

Aus seiner Person sind also vor allem die „Rechtsfähigkeit, der Inhalt, die Form“[53] — von Landsberg die »subjektiven Verhältnisse« genannt[54] — zu beurteilen, während ein Mangel in der Geschäftsfähigkeit durch den gesetzlichen Vertreter geheilt wird.

Andrerseits ist der Vertreter derjenige, der handelt, und so muß er, da ja, soweit »subjektive Verhältnisse« wie Wissen um bestimmte Umstände, Schuld, Irrtum etc. (§ 166[1]) in Betracht kommen, der Maßstab für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes an seine Person gelegt wird, willensfähig, demnach wenigstens beschränkt geschäftsfähig sein.[55] Nach § 105 ist nämlich die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig, und § 131 besagt, daß eine einem solchen gegenüber abgegebene Willenserklärung unwirksam ist.[56]

γ.

Der § 164 erfordert weiter Vertretungsmacht des Vertreters. Die Vertretungsmacht ist „die durch be-

---

[52] Motive S. 226.

[53] *eod. loc.*

[54] Landsberg S. 219.

[55] cf. §§ 106. 114.

[56] Während es eine Vertretung durch einen »Geschäftsunfähigen« nicht gibt, ist es wohl möglich, daß ein »Rechtsunfähiger« Vertreter ist, „da bei der Vertretung eben die Rechtswirkung in einer anderen Rechtssphäre eintritt, weshalb es unnötig ist, daß der Vertreter selbst seine Rechtssphäre hat.« Kohler S. 433.

stimmte Tatsachen begründete Fähigkeit, eine andere Person in gewissem Umfange rechtswirksam nach außen hin zu vertreten.[57]

Oder wie die Motive sagen: „Die Rechtsordnung legt einer Willenserklärung die Wirkung bei, daß ein anderer die rechtliche Macht erhält, an Stelle des Erklärenden und in dessen Namen tätig zu werden.“[58] Auf diese Weise wird das Geschäft für und gegen den Vertretenen wirksam.

δ.

Zu dieser Vertretungsmacht muß, damit wirksame Vertretung vorliegt, noch der Vertretungswille und die Erklärung desselben hinzukommen. Erst dann ist den Vorschriften des § 164[1] Genüge geleistet. Der Vertreter handelt »im Namen des Vertretenen«, wenn er entweder bei Abschluß des Rechtsgeschäftes, bei Abgabe der Willenserklärung ausdrücklich angibt, daß sein Handeln für den Vertretenen wirken soll, oder wenn aus dem ganzen Verhalten des Vertreters — darunter würde auch konkludentes Handeln fallen — der Schluß gezogen werden kann, daß seine Willenserklärung bez. ihrer Wirkung als Erklärung des Geschäftsherrn gelten soll. Nicht nötig ist, daß die Person des Vertretenen von vornherein genannt wird.[59] Ja,

---

[57] Hupka S. 27.

[58] Motive S. 228. cf. dagegen Schloßmann II. S. 239, dafür Hupka S. 23 ff. und Isay, »Die Geschäftsführung nach dem B. G. B. für das deutsche Reich« S. 179 ff.

[59] cf. Neumann S. 162.

oft kommt es vor, daß eine Bezugnahme auf den Vertretenen von seiten des Vertreters garnicht geschieht.[60]

αα. Mit Fischer-Henle als Erfordernis anzusehen, daß der Vertreter »im ausschließlichen Interesse«[61] des Vertretenen handle, erscheint uns als eine nicht motivierte, allzu enge Interpretation; wie ja auch im Verkehrsleben gar häufig Fälle vorkommen, bei denen der Vertreter neben dem Interesse des Vertretenen auch seinen eigenen Vorteil im Auge hat. „Die Handlung hört darum nicht auf, Stellvertretung zu sein, daß sie auch dem Interesse des Handelnden selbst dient.[62]

ββ. „Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor,“[63] d. h. hat der Vertreter zwar als Ziel im Auge gehabt, das Geschäft für den Vertretenen abzuschließen, hat er aber diese seine Absicht nicht deutlich hervortreten lassen, — auch aus den Umständen war sein Wille der Geschäftsbesorgung im Namen eines anderen nicht zu ersehen — so liegt eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung vor: Aus der Erklärung des Vertreters mußte der Schluß gezogen werden, daß er das Geschäft für sich abschließen wollte, sein

---

[60] Wir denken unter anderem an den Fall, daß der Vertreter dem Gegenkontrahenten gegenüber schon häufig als Vertreter eines bestimmten Geschäftsherrn aufgetreten ist.

[61] Fischer-Henle S. 86.

[62] Staudinger S. 402.

[63] § 164 ².

eigener Wille aber war, die Erklärung im Namen eines anderen abzugeben, kurz, „das Gewollte ist nicht erklärt und das Erklärte nicht gewollt.“[64]

Gemäß § 119, dessen Voraussetzungen demnach vorliegen,[65] hätte der Vertreter die Möglichkeit, die Erklärung anzufechten, was aber § 164 [2] »aus Gründen der Verkehrssicherheit«[66] direkt verbietet: Der Vertreter, dessen Vertretungswille sich nicht kundgibt, wird als Kontrahent »in eigenem Namen« behandelt, das Geschäft gilt als eigenes Geschäft des Vertreters.[67]

Der dritte Absatz des § 164 besagt, daß von der Entgegennahme einer Willenserklärung durch einen Vertreter das Gleiche wie von der Abgabe derselben durch einen solchen gilt; hat der Vertreter Vertretungsmacht zur Annahme, so wird durch sein Verhalten, falls im übrigen die eben besprochenen Voraussetzungen auch gegeben sind, der Vertretene unmittelbar berechtigt und verpflichtet. (Sog. »passive« Vertretung.)[68]

§ 20.

Unzulässig aber ist die Vertretung in folgenden Fällen:[69]

---

[64] Motive S. 226.

[65] cf. Planck S. 285 ff.; David S. 506; Brach S. 558.

[66] Enneccerus-Lehmann S. 224.

[67] cf. R. O. H. G. Bd. 4, S. 274; Bd. 18, S. 294; Bd. 22, S. 222; Bd. 23, S. 37. — R. G. Bd. 2, S. 194; Bd. 3, S. 122.

[68] Bez. des Handelns ohne Vertretungsmacht cf. §§ 177/178.

[69] cf. Staudinger S. 403/404.

α.

Wenn im Gesetze persönliche Anwesenheit der Beteiligten vorgeschrieben ist, wie in den §§ 1317 (Eheschließung), 2064 (Testamentserrichtung), 2256 [2] (Rückgabe eines Testamentes aus amtlicher Verwahrung), 2274 (Schließung eines Erbvertrages), 2284 (Bestätigung eines anfechtbaren Erbvertrages), 2290 [2] (Aufhebung eines Erbvertrages), 2347 [2] (Abschluß eines Erbverzichtes).[70]

β.

Wenn im Gesetze „wegen der höchstpersönlichen Interessen, um deren Wahrung es sich bei dem Geschäfte handelt",[71] die Vertretung ausdrücklich ausgeschlossen ist, wie in den §§ 1307 (Erteilung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung), 1336 (Anfechtung der Ehe), 1337 [3] (Bestätigung der anfechtbaren Ehe), 1358 [3] (Kündigung des Ehemannes bei von der Frau übernommenen persönlichen Leistungen), 1595 [1] (Anfechtung der Ehelichkeit), 1598 [3] (Anerkennung der Ehelichkeit), 1728 [1] (Antrag auf Ehelichkeitserklärung), 1731 (Anfechtbarkeit des Antrages auf oder der Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung), 1748 [2] (Einwilligung zur Annahme an Kindesstatt), 1750 [1] (Abschluß des Vertrages auf Annahme als gemeinschaftliches Kind), 1755 (Anfechtbarkeit des Annahmevertrages oder der

---

[70] Bei den in diesen Paragraphen genannten Rechtsgeschäften ist es auch untersagt, »Boten« als Erklärungswerkzeuge zu benutzen.

[71] Staudinger S. 403.

Einwilligung auf Annahme an Kindesstatt), 2271[1] (Widerruf eines gemeinschaftlichen Testamentes), 2282[1] (Anfechtung des Erbvertrages), 2296[1] (Erklärung des Rücktrittes vom Erbvertrage).

γ.

Wenn einseitige Rechtsgeschäfte ohne Vertretungsmacht vorgenommen werden.[72]

Die Motive sagen zwar, daß es im Interesse des Geschäftsherrn liegen würde, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der nicht ermächtigte Vertreter vornimmt, bei nachträglicher Genehmigung durch den Geschäftsherrn als von vornherein von diesem gewollt und beabsichtigt gelten solle. Dem gegenüber aber habe zur Statuierung der im § 180 erwähnten Regel die Rücksicht auf den Gegenkontrahenten geführt, „welcher der Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes sich nicht entziehen kann und dabei allen Unzuträglichkeiten ausgesetzt sein würde, welche die bis zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung bestehende Ungewißheit notwendig mit sich bringt.“[73]

δ.

Wenn es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das der Vertreter als sog. Selbstkontrahent, »in Doppelrolle«[74] mit sich selbst vornimmt, d. h. wenn er als Vertreter

---

[72] cf. § 180.
[73] Motive S. 245.
[74] Landsberg S. 214.

eines anderen ein Rechtsgeschäft mit sich, sei es für seine Person oder als Vertreter eines Dritten, abschließt.[75] Im gemeinen Rechte und in anderen Kodifikationen hat die Frage nach der Zulässigkeit des Selbstkontrahierens Anlaß zu den verschiedensten Erörterungen und Gesetzesvorschriften gegeben.

So hatte das preußische Recht dem Vater oder Vormunde das Selbstkontrahieren verboten, falls der durch sie Vertretene dadurch ihnen gegenüber eine Verpflichtung eingeht oder ein Recht verliert.[76]

Das Reichsgericht dagegen hatte diese Doppelvertretung für anwendbar erklärt, es sei denn, daß „dem Zustandekommen eines derartigen Vertrages im einzelnen Falle Hindernisse entgegenstehen, welche sich aus besonderen gesetzlichen Vorschriften oder aus dem Willen der Vertretenen oder aus den allgemeinen Grundsätzen über die Schließung von Verträgen ergeben.“[77]

Nach dem B. G. B. aber sind Doppelvertretungsakte regelmäßig ausgeschlossen[78] und nur zulässig, wenn sie dem Vertreter speciell durch Gesetz erlaubt sind,[79] oder wenn „das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit — *id est solutio*

---

[75] cf. § 181.

[76] A. L. R. II. 18. §§ 29, 34, 253, 254. cf. *code civil* Art. 420, 450, 1596; Österr. G. B. §§ 271, 272; Sächs. G. B. §§ 1827, 1919 ff. — Alle diese Gesetze enthalten Beschränkungen des Selbstkontrahierens für gesetzliche Vertreter.

[77] R. G. Bd. 6 S. 11 ff. — cf. aber R. O. H. G. Bd. 8 S. 393.

[78] cf. Hupka S. 339.

[79] cf. § 1009 [2].

und *compensatio* — besteht."[80] Damit ist das B. G. B. nicht den Intentionen des ersten Entwurfes gefolgt, der grundsätzlich das Selbstkontrahieren billigte und nur in besonderen Fällen Abweichungen von der Regel kannte.[81]

§ 21.

Je nachdem nun die Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäft oder auf sonstigen Umständen beruht, an welche das Gesetz eine solche Macht knüpft, unterscheidet man zwei Arten der Vertretung: die gewillkürte und die gesetzliche Vertretung.

α.

Die durch Rechtsgeschäft vor der Ausübung der Vertretung geschaffene Vertretungsmacht, die Vollmacht, kommt durch eine formlose, einseitige Erklärung des Vertretenen, die an den Vertreter gerichtet werden muß, zustande. Durch die Vollmacht „eröffnet der Vertretene gleichsam das Tor seines eigenen Rechtslebens und läßt den anderen — den Vertreter — eintreten, der nun darin schalten und walten darf."[82]

Falls der Dritte, mit dem der Vertreter das Rechtsgeschäft abschließen soll, schon im voraus bestimmt ist, kann die Legitimation des Vertreters durch besondere Mitteilung seitens des Vertretenen an den Dritten erfolgen. Ferner kann die Erteilung der Ver-

---

[80] § 181.
[81] cf. Entwurf I §§ 45 Satz 1, 50[4], 1651.
[82] Holtzendorff-Kohler S. 597.

tretungsmacht, »die Bevollmächtigung«,[83] durch öffentliche Bekanntmachung geschehen, oder aber dem Vertreter kann eine Vollmachtsurkunde ausgestellt und eingehändigt werden, durch die er gegenüber jedem Dritten zur Vertretung gemäß dem Inhalte der Urkunde legitimiert ist.

Es ist nicht nötig, daß die Vollmachtserteilung *expressis verbis* erfolgt, vielmehr sprechen wir von Vollmacht auch dann,[84] „wenn der eine den anderen durch Rechtsgeschäft in eine Stellung versetzt, mit der eine Vertretung des ersten regelmäßig verbunden ist."[85]

β.

Die gesetzliche Vertretung dient in erster Linie dazu, die Geschäftsfähigkeit derjenigen Rechtssubjekte, denen diese völlig fehlt oder denen sie nur in beschränktem Maße zusteht, zu ergänzen.

So ist gesetzlicher Vertreter:[86]

Der Vater für das minderjährige eheliche Kind;[87]

Die Mutter für das minderjährige eheliche Kind, „wenn der Vater gestorben oder für tot erklärt ist; ferner, wenn er die elterliche Gewalt verwirkt hat und die Ehe aufgelöst ist;"[88]

der Vormund für den minderjährigen oder volljährigen Mündel;[89]

---

[83] Hupka S. 5.

[84] cf. Engagement einer Hausdame, eines Kellners etc.

[85] Biermann S. 16.

[86] cf. Blau S. 14.

[87] cf. §§ 1626, 1627, 1630.

[88] § 1684.

[89] cf. §§ 1793, 1897.

der Beistand für den Minderjährigen, der unter der elterlichen Gewalt der Mutter steht, wenn auf Antrag der Mutter dem Beistande die Vermögensverwaltung ganz oder teilweise übertragen ist.[90]

Außerdem spricht das B. G. B. von gesetzlicher Vertretung im Falle der Pflegschaft[91] und wenn die Frau innerhalb des Bereiches ihrer Schlüsselgewalt[92] für den Mann Geschäfte abschließt.[93]

§ 22.

Man könnte nun versucht sein, diesen Fällen von gesetzlicher Vertretung[94] den verfassungsmäßig berufenen Vertreter[95] der juristischen Person anzureihen.

Daß der Gesetzgeber mit einem Vorgehen in diesem Sinne zunächst sympathisierte, zeigt der Werdegang des B. G. B.

Der § 44 des ersten Entwurfes lautet nämlich noch: „Der Vorstand »ist« der gesetzliche Vertreter," und nach dieser Normierung hätte man allerdings der

---

[90] cf. § 1693.

[91] cf. § 1915. [92] cf. § 1357[1].

[93] cf. § 6 K. O.; §§ 231, 247, 268[2], 298, §§ 125 ff., 145 ff., 149 ff., §§ 493, 494 H. G. B.; §§ 24 ff. Genossenschafts-Gesetz; §§ 35 ff. Gesetz betr. Gesellschaften m. b. H.; §§ 15 ff. Gesetz betr. die Binnenschiffahrt.

[94] Manche nennen gesetzlichen Vertreter auch den Testamentsvollstrecker, der richtiger Ansicht nach ein Vertreter *sui generis* ist.

[95] Das Gesetz sagt im § 31 genauer „Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter."

Vertretung der juristischen Person und der Vertretung gemäß den §§ 164 ff.[96] des B. G. B. denselben Rechtscharakter zugestehen müssen.

§ 23.

Um aber die Ungleichheit dieser Rechtscharaktere nachzuweisen, insbesondere eine Gegenüberstellung der §§ 164 und 31 zu ermöglichen, seien die folgenden Ausführungen den Organen der juristischen Person und ihrer rechtlichen Behandlung gewidmet.

Der § 31 lautet: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt."

Wollen wir uns über den Vertretungsbegriff des § 31 orientieren, so ist es vor allem nötig, sich über das Problem der juristischen Person selbst Klarheit zu verschaffen,[97] das seit langer Zeit den angesehensten Juristen zu den lebhaftesten Erörterungen Anlaß gegeben hat. Für uns haben vornehmlich die Fiktionstheorie und die Genossenschaftstheorie Bedeutung.

§ 24.

„Hominum causa omne ius constitutum,"[98] auf dieser Digestenstelle bauten und bauen die Anhänger der

[96] Diesen §§ entsprechen im Entwurf die §§ 116 ff.

[97] Schloßmann, »Organ und Stellvertreter«, verneint S. 291 diese Notwendigkeit, cf. aber Preuß, »Stellvertretung oder Organschaft« S. 430.

[98] l. 2 D. 1, 5.

Fiktionstheorie, wie die Postglossatoren, wie der größte Repräsentant dieser Lehre, v. Savigny, und andere bedeutende Juristen unserer Zeit, ihre Ansichten auf. Nur der Mensch sei rechtsfähig, nur er könne Rechtssubjekt sein, und daher „müsse allen anderen Erscheinungen, hinsichtlich deren das Bedürfnis ebenfalls zur Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit drängte, mittels eines *artificium iuris* die Eigenschaft als Person beigelegt werden.“[99] So seien die „rechtlich zur Beherrschung von Gütern zugelassenen Veranstaltungen künstlicher Art,“[100] die juristischen Personen,[101] Ausnahmeschöpfungen, und ihr Dasein sei ein lediglich fiktives, sie seien Gebilde der Phantasie.

v. Savigny vergleicht sie bez. ihrer Willens- und Handlungsfähigkeit mit den *furiosi* und *infantes* des römischen Rechtes. Diese nämlich seien einerseits rechtsfähig, andrerseits handlungsunfähig, „weshalb ihnen in der Person von Vertretern ein künstlicher Wille geschaffen werde.“[102]

Ist aber diese dem Satze *„omne ius hominum causa constitutum“* von den Verfechtern der Fiktionstheorie zugeschriebene Bedeutung, daß nur der Einzelmensch Rechtssubjekt sein könne, richtig?

Ist nicht der Zweck des Rechtes der Schutz und die Förderung allgemein menschlicher Interessen?

Wenn also von der Rechtsordnung die Rechtsfähigkeit anderer Wesen neben der jedes Individuums

---

[99] Rhomberg S. 15.

[100] Landsberg S. 106.

[101] Dieser *terminus technicus* stammt von Heise 1807.

[102] v. Savigny Bd. II S. 315.

anerkannt wird, so geschieht dieses doch in letzter Linie auch nur um menschlicher Interessen willen. In diesem Sinne heißt es auch in den Motiven:

„Neben den Sonderzwecken, welche der Einzelne seinen jeweiligen Bedürfnissen gemäß mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln verfolgt, liegen andere, im Interesse des öffentlichen Wohles oder privater Gemeinschaften gesetzte Zwecke.“ [103]

Diese aber zu erreichen, ist dem »Einzelnen« aus Mangel an geistigen Kräften oder infolge nicht ausreichender materieller Mittel versagt.

Eine »Mehrheit von Personen« muß sich zur Erreichung dieses Zweckes zu einer als »Einheit« in Erscheinung tretenden Gesamtheit verbinden.[104]

Aus diesem Gesichtspunkte heraus, nicht aus der Phantasie wurde die juristische Person geboren. Von dieser Einsicht geleitet und von dem Gedanken beherrscht, daß die Rechtsordnung nicht ohne zwingenden Grund zu dem künstlichen Mittel der Fiktion, die nur von einem gewissen Ohnmachtsgefühl gegenüber der juristischen Systematisierung zeugt, greifen soll, trat als hauptsächliche Gegnerin der Fiktionstheorie die Genossenschaftstheorie auf den Plan, die auf dem deutschen Rechte basiert.

§ 25.

Das deutsche Recht ging gemäß seinem von Anfang an — im Vergleich zum römischen Rechte —

[103] Motive S. 78.

[104] cf. hierzu Rousseau, »Contrat social I. Ch. 6, cit. bei Levy S. 12.

mehr entwickelten korporativen Leben von vornherein nicht ausschließlich von der Persönlichkeit des Einzelmenschen, sondern vom Allgemeinbegriff der »Person« aus, der sich auf Einzelwesen wie Gemeinwesen in gleichem Maße erstreckte.

»Person« ist dem deutschen Rechte das willens- und handlungsfähige Rechtswesen, und wie die Willensfähigkeit des Einzelmenschen in dem physischen Organismus ihre Grundlage hat, so beruht die Willens- und Handlungsfähigkeit der juristischen Person auf einem Sozialorganismus, der — wie jener — durch seine Organe will und handelt.[105]

So ist denn die juristische Person im deutschen Rechte zwar keine physische Person, aber auch nicht fingiert; sie bedarf keiner staatlichen Verleihung, sondern ist mit der Existenz ihres Organismus von selber gegeben.

Diesem germanischen Korporationsgedanken hat die streng römische Ansicht der Fiktionstheorie das Feld räumen müssen.

Nach der Genossenschaftstheorie, die auch die Theorie der realen Verbandsperson oder Organtheorie genannt wird, sind die menschlichen Verbände Wesen, die wirklich vorhanden sind, und daher werden sie auch vom Rechte als reale Personen angesehen.

So sagt auch Gierke, der dieser Lehre durch seine geistvollen Ausführungen recht eigentlich den Sieg errungen hat: »Die Verbandsperson ist eine wirkliche, nicht bloß erdichtete Person. Als Rechtsbegriff beruht sie freilich auf einer Abstraktion, die aus der Wirklich-

[105] cf. Rosin.

keit einen Teilinhalt heraushebt. Diese Abstraktion aber ist von derselben Beschaffenheit, wie die Abstraktion, vermöge deren der Begriff der Einzelperson zustande kommt."[106] Mag nun auch dem Verbande erst durch die Rechtsordnung Persönlichkeit verliehen werden, mag er auch im Rechtsleben anders als die Einzelperson auftreten, es wäre verfehlt, ihn deshalb aus dem Rechtsleben auszuschalten, oder ihm nur auf dem Wege der Fiktion Eintritt in dieses zu gewähren.

Aus welcher Quelle auch immer die Romanisten ihre Lehre von der juristischen Person, die Fiktionstheorie, geschöpft haben, mag es die oben[107] erwähnte Digestenstelle sein, mag sich für die richtige Erkenntnis vom Wesen der juristischen Person der Umstand als verhängnisvoll erwiesen haben, daß sie fast ausschließlich vom privatrechtlichen Gesichtspunkte betrachtet wurde, — „wer den Staat, die Gemeinde, viele andere Verbände auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts betrachtet, wird sofort die Annahme eines fingierten Subjekts für unhaltbar erkennen"[108] — unserer Ansicht nach ist der Verband keine erdachte, sondern eine wirkliche Person!

Hören wir noch, wie Gierke an anderer Stelle die so heiß umstrittene Personenmehrheit definiert: „Verbandspersönlichkeiten ist die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit eines menschlichen Verbandes,

---

[106] Gierke, »Deutsches Privatrecht« S. 470/471.
[107] l. 2 D. 1, 5.
[108] Regelsberger S. 299.

als ein von der Summe der verbundenen Personen unterschiedenes, einheitliches Ganze Subjekt von Rechten und Pflichten zu sein.“ [109]

§ 26.

Welcher dieser beiden Haupttheorien über die juristische Person schließt sich nun das B. G. B. an? Es wäre jedenfalls im Interesse der Wissenschaft gewesen, offen zu dieser Frage Stellung zu nehmen, um dem Streite, der auch heute noch nicht in der Wissenschaft zur Ruhe gekommen ist, ein Ende zu machen; doch leider hat unser B. G. B. seinem Grundsatze gemäß, zu Konstruktionsfragen keine Stellung zu nehmen, weder die eine noch die andere der beiden besprochenen Theorien ausdrücklich anerkannt.

Während offenbar der »Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich« durch die Fiktionstheorie beeinflußt war, — in den Motiven wird die juristische Person „die künstlich geschaffene Trägerin von Rechten“ [110] genannt — lehnen die „Protocolle der zweiten Kommission“ eine bestimmte Theorie ab.[111]

§ 27.

Jedoch werden wir wohl mit unserer Annahme nicht fehl gehen, daß wir in dem Bilde der juristischen Person, wie es der zweite Titel des »Allgemeinen Teiles«

---

[109] Gierke, Deutsches Privatrecht S. 469.
[110] Motive S. 94.
[111] cf. Protocolle der zweiten Kommission Bd. I S. 497, 509.

vom B. G. B. uns zeichnet, die Züge der realen Verbandsperson überwiegend[112] wiederfinden.

In diesem Sinne heißt es auch bei Rehbein: „Das B. G. B. setzt den Begriff der juristischen Person als eines nicht fingierten, sondern sehr realen Rechtssubjekts, das weder natürliche Person (§ 1), noch Gesellschaft (§§ 705 ff.), noch Gemeinschaft (§§ 741 ff., 1483 ff.), vom objektiven Rechte zur Erreichung von Lebenszwecken geschaffen, die über das Können und die Lebensdauer des Einzelnen hinausgehen, voraus.“[113]

§ 28.

Die juristische Person ist als reales Wesen nicht handlungsunfähig;[114] „der Wille und die Handlungsfähigkeit der juristischen Person gilt uns als eine mit ihrer Persönlichkeit gegebene Wirklichkeit. — Das Recht schreibt dem Verbande Persönlichkeit zu. Somit muß er, gleich dem Individuum, eine leiblich geistige Lebenseinheit sein, die wollen und das Gewollte in die Tat umsetzen kann.“[115]

Wäre die juristische Person nicht handlungsfähig, so würde es ihr unmöglich sein, sich im Leben zu betätigen, sie wäre nicht imstande, bei der Verwirklichung

---

[112] Für die Fiktionstheorie würde u. a. die Verleihung der Rechtsfähigkeit durch den Staat und das ev. Erlöschen derselben durch Verfügung des Staates sprechen. — Über diese und andere Gründe cf. Reinecke S. 6/7.

[113] Rehbein S. 32. In diesem Sinne auch Eck S. 86/87.

[114] cf. Cosack S. 109; „Die Körperschaft ist handlungsfähig.“

[115] Regelsberger S. 326/327.

sozialer Zwecke mitzuarbeiten, sie wäre ein „in ihrer Grundlage verfehltes Geschöpf, sie vermöchte grade das nicht, was ihre Lebensaufgabe ist, tätig zu sein, zu wirken.“[116]

Als handlungsfähiges Wesen nun stellt die juristische Person Menschen in ihren Dienst, und durch diese, die bald »verfassungsmäßig berufene Vertreter«[117] bald »Vereinsorgane«[118] genannt werden, handelt sie selber und erklärt selber ihren Willen.

§ 29.

Damit sind wir an die Beantwortung der Streitfrage gelangt:

Was versteht das B. G. B. im § 31 unter einem „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ der juristischen Person?

Ist er Vertreter im Sinne des § 164 oder Vermittler des Willens einer „leiblich geistigen Lebenseinheit“[119]? —

Unserer Ansicht stellt, um dieses vorwegzunehmen, das B. G. B. im § 31 den »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« der Korporation dem Vertreter des Einzelmenschen »nicht« gleich.

Der Vertreter im Sinne des § 164 ist, wie oben dargelegt ist, derjenige, der ein Rechtsgeschäft für einen anderen abschließt, „eine Person, die im Verhältnis zu

---

[116] Gierke, Rectoratsrede S. 12.
[117] cf. § 31.
[118] cf. § 32.
[119] Gierke, Rectoratsrede S. 12.

dem Vertretenen ein Anderer ist;“[120] Vertretener und Vertreter stehen sich hier als selbständige Individuen gegenüber, und der Vertreter hat je nach dem Umfange der Vertretungsmacht mehr oder weniger Freiheit in seinem Willen, durch dessen Kundgebung der Vertretene direkt berechtigt und verpflichtet wird.

Der Vertreter der juristischen Person hingegen ist Organ!

Damit folgen wir der Ansicht Gierke's, nach dem „der Rechtsbegriff des Organs von specifischer Art ist und nicht mit dem individualrechtlichen Begriff des Stellvertreters zusammengeworfen werden darf.“[121] und treten den Anschauungen Schloßmann's entgegen, der diesen Standpunkt einnimmt: „Die Organe der juristischen Person, die verfassungsmäßig oder nach dem Gesetze berufen sind, für die juristische Person zu handeln, sind nichts anderes als Vertreter.“[122]

§ 30.

Die Organtheorie vertritt die Anschauung, daß man bei der juristischen Person von einem Vertreter im Sinne des § 164 garnicht reden kann; der Verband bedarf, um in das Rechtsleben einzugreifen, nicht einer anderen, ihr selbständig zur Seite stehenden Persönlichkeit. Er ist ja „kein totes Begriffsding, das der Ver-

[120] Saenger S. 14.

[121] Gierke, Rectoratsrede S. 26.

[122] Schloßmann, »Organ und Stellvertreter« S 321. — cf. die ausführliche Replik von Preuß, »Stellvertretung und Organschaft« und die betr. Ausführungen von Saenger S. 15—19.

tretung durch andere Personen bedarf, sondern ein lebendiges Wesen, das als solches will und handelt."[123]

Zwar kann die Korporation nicht so unmittelbar tätig werden, wie es der Mensch durch Mund und Hände vermag, immerhin aber kann sie durch ihre Organe handeln und ihrem Wollen Ausdruck verleihen. Decken sich diese Organe auch nicht ganz mit den natürlichen Organen der Menschen, so sind sie doch »Organe im Rechtssinne«[124] und bilden, wie Mund und Hände mit den übrigen Körperteilen einen Leib bilden, mit der juristischen Person ein Ganzes. Handeln diese Organe, so handelt eben die juristische Person selber!

§ 31.

Fassen wir also kurz zusammen, was den »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« des § 31, das Organ, vom Vertreter des § 164 unterscheidet: Der Letztere tritt für unbeschränkt Geschäftsfähige, für willens- und handlungsunfähige Personen oder für solche auf, deren Willens- und Handlungsfähigkeit beschränkt oder durch Geisteskrankheit vermindert ist. Die Rechtshandlungen des Vertreters sind zwar seine eigenen Handlungen, in ihren Rechtswirkungen aber sind sie Handlungen des Vertretenen.

Die Vertretung in Organschaft dagegen finden wir bei Personen, die an sich jedes unmittelbaren Handelns unfähig, ebenso wie die natürlichen Personen als handlungsfähig gelten. In dieser Beziehung steht also

[123] Gierke, Deutsches Privatrecht S. 472.
[124] Gierke, Genossenschaftstheorie S. 615.

die Verbandsperson der Einzelperson gleich; wird ja die natürliche Person auch nur durch ihre Organe tätig. „Die Organe im Bereiche ihrer Zuständigkeit vertreten daher die Gesamtperson juristisch so, wie das Auge die physische Person im Sehen oder die Hand sie im Schreiben vertritt.“[125]

§ 32.

Da unserer Ansicht nach Korporation und verfassungsmäßig berufener Vertreter als Einheit, als *una persona* figurieren, so erscheint es uns als eine Inkonsequenz, wenn man von einer »Vertretungsmacht« des Vorstandes spricht, da dieser ja ein Vertreter gemäß § 164 überall nicht ist.

Doch die Praxis verlangt, daß man Verein und Organ als eine Zweiheit, als zwei selbständig neben einander existierende Wesen anerkennt, und daher ist es wohl angemessen, auch in unseren Ausführungen kurz auf die Stellung der juristischen Person zum verfassungsmäßig berufenen Vertreter einzugehen.

Man ist leicht geneigt, das Innenverhältnis zwischen beiden nach den Vorschriften, die über den Auftrag normiert sind, zu beurteilen. Das Specifikum des Auftrages ist die Unentgeltlichkeit, Entgelt aber wird dem Vereinsvorstande gar oft gegeben. Andererseits können die Normen, die in den §§ 611—630 fixiert sind, auch nicht schlechthin für Verein und Vorstand gelten, da der Dienstvertrag — im Gegensatze zum Auftrage —

---

[125] Krüger S. 22.

principiell entgeltlich ist, der Vereinsvorstand aber sehr häufig seine Obliegenheiten verrichtet, ohne dafür bezahlt zu werden.

Obwohl also im Einzelnen keines dieser beiden Rechtsinstitute für die juristische Person und deren verfassungsmäßig berufene Vertreter in Betracht kommen kann, obwohl die Stellung des Vorstandes mit der eines Vormundes die größte Ähnlichkeit aufweist,[126] hat der Gesetzgeber sich doch dafür entschieden, „die für den Auftrag geltenden Vorschriften entsprechend anwendbar zu erklären."[127]

Matthiaß äußert sich bez. dieses Innenverhältnisses folgendermaßen:

„Das Verhältnis des Vorstandes zum Verein ist ein beamtenähnliches und deshalb auch wieder ähnlich dem zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten."[128]

Demgemäß hat der Vorstand für jedes Verschulden, gleichgültig ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt, auf Grund des § 276 einzustehen. Er hat ferner den ihm vom Verein erteilten Weisungen zu entsprechen, ihm liegt die Pflicht der Auskunftserteilung und der Rechenschaftslegung ob, er hat Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen etc.

§ 33.

Kehren wir nach diesem Exkurs zu dem zurück, was im § 31 von uns ausgeführt ist. Danach dürfen

---

[126] In diesem Sinne sind die Darlegungen Liebe's S. 41.
[127] Liebe S. 42.
[128] Matthiaß S. 115.

wir wohl annehmen, daß das Gesetz im § 31 B. G. B. unter dem »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« das »Organ« der Genossenschaftstheorie verstanden wissen will, was um so eher zu präsumieren ist, als gleich im § 32 B. G. B. vom »Vereinsorgan« die Rede ist.

Warum aber das B. G. B. nicht auch im § 31 den kürzeren Ausdruck »Organ« gebraucht, darüber können wir nur Vermutungen anstellen.

Saenger meint, daß man durch die Verschiedenheit der Ausdrücke „größere Deutlichkeit zu garantieren glaubte."[129]

Oder sollte man, indem man den »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« dem Gesetzestexte einfügte, von dem Gedanken erfüllt gewesen sein, an dieser Stelle der Kodifikation etwas Volkstümliches zu verleihen?

Damit wäre man allerdings von dem Grundsatze abgewichen, vor allem „konsequente juristische Technik"[130] im B. G. B. zu erstreben. Wollte man aber dem Laien denjenigen, der für die juristische Person tätig ist, veranschaulichen, — und dem Nichtjuristen tritt dieser Handelnde als »verfassungsmäßig berufener Vertreter« jedenfalls näher, als wenn er als »Organ« bezeichnet wird — so hätte man konsequent auch im § 32 den Ausdruck »Organ« durch den »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« ersetzen müssen. Dadurch aber, daß die beiden Ausdrücke für denselben Begriff neben

---

[129] Saenger S. 20.
[130] Dernburg S. 5.

einander gebraucht werden, hat man es erreicht, daß einer verschiedenartigen Auslegung Tür und Tor geöffnet ist.

§ 34.

Dieser Diskrepanz in der Interpretation begegnen wir vor allem, wenn wir die sich aus dem Gesetze ergebenden Grundsätze über die »Haftung« der juristischen Person für ihre »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« — das hier praktisch wichtigste Moment — entwickeln.

In erster Linie muß die Bestimmung genannt werden, die sich im »Allgemeinen Teil« des B. G. B. unter dem Titel über »Juristische Personen« vorfindet, der § 31.[131]

§ 35.

Haben wir uns auch oben[132] schon mit dem »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« beschäftigt, indem wir ihn als »Organ« dem Vertreter des Individuums gegenüberstellten, so müssen wir ihn doch noch einmal in den Kreis unserer Betrachtungen ziehen, wenn wir uns über die Personen, für deren zum Schadensersatze verpflichtende Handlungen der Verein haftet, Klarheit verschaffen wollen.

Der in der zweiten Kommission gestellte Antrag, daß der Verband den Schaden ersetzen sollte, „welchen der Vorstand, ein Mitglied desselben oder »ein sonst Angestellter« in Ausführung der ihm zugewiesenen

[131] Dieser ist S. 42 citiert.

[132] cf. die Ausführungen der §§ 29—31.

Verrichtungen einem Dritten zufügt,“[133] wurde mit der Begründung abgelehnt, daß „es sich an dieser Stelle (§ 31) nur darum handle, diejenige Haftung der Körperschaft zu regeln, welche auf dem besonderen Verhältnisse derselben zu ihren »Organen« beruhe.“[134]

Danach könnte es so scheinen, als ob der Kreis derjenigen, für die der Verband als Hafter auftritt, genau begrenzt sei; dem gegenüber aber „wird es in Fällen, wo die Satzung einer juristischen Person sich nicht ganz strikte über ihre verfassungsmäßigen Vertreter ausspricht, stets eine Frage der Auslegung im konkreten Falle sein, ob man die in Betracht kommende Person unter die Kategorie der »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« im Sinne des § 31 einzugliedern hat oder nicht.“[135]

§ 36.

Ob der Vorstand, dessen Bedeutung sich aus § 26 ergibt, »verfassungsmäßig berufener Vertreter« ist, diese Frage wird stets präcis beantwortet werden können.

Ebenso treten ohne Zweifel diejenigen, die nach § 30 „neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte »als besondere Vertreter«“ bestellt sind, z. B. ein Syndikus oder Kassierer als Willensorgane der Korporation auf[136].

---

[133] Antrag 5 zu § 6 des »Entwurf I eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.«

[134] Protocolle der zweiten Kommission. I. S. 522.

[135] Saenger S. 10.

[136] Wenn Rehbein diese (S. 46) »nicht« zu den Organen zählt, so hat er u. E. Personen im Auge, die »nicht« Korporationsmitglieder sind.

Auf Schwierigkeiten aber wird man alsbald stoßen, wenn es auf Grund der Satzung dem »Vorstande« frei gestellt ist, sich »Sondervertreter« zu substituieren.

Wir möchten diese den »Organen« nicht gleichstellen, sondern sie als »Vertreter« im Sinne des § 164 ansehen. „Wille des Vereins ist der Wille derjenigen und nur derjenigen Vertreter, die in der Satzung vorgesehen sind. Den hierdurch postulierten Gegensatz bilden aber notwendig eben die Vertreter, die von dem Vorstand oder anderen verfassungsmäßigen Organen kraft ihrer eigenen allgemeinen Vertretungsmacht bestellt werden.“ [137]

§ 37.

Was für Handlungen der »verfassungsmäßig berufene Vertreter« vorzunehmen hat, braucht nicht von vornherein bestimmt oder in der Satzung detailliert angegeben zu sein.

Auch mag nicht unerwähnt bleiben, daß das Organ der juristischen Person erst dann »vollgültig« »verfassungsmäßig berufener Vertreter« ist, wenn auch die verfassungsmäßige Form bei seiner Beratung gewahrt ist. Ist z. B. satzungsgemäß festgesetzt, daß dem Direktor eines industriellen Unternehmens beim Jahresabschlusse von der Mitgliederversammlung, und zwar durch Mehrheitsbeschluß »aller« Mitglieder, eine Hilfskraft auf gewisse Zeit zur Unterstützung bestellt werden kann, so ist diese »verfassungsmäßig berufener Ver-

[137] Lenel, Nr. 1 der deutschen Juristenzeitung. 1902 S. 10.

treter« gemäß § 31, wenn die vorgeschriebene Stimmenzahl, in unserem Falle Einstimmigkeit sämtlicher Mitglieder, vorhanden ist. Wird die Hilfskraft aber gegen die ausdrückliche Bestimmung der Satzung zwar einstimmig, aber nur von den in der Versammlung »anwesenden«, nicht »sämtlichen« Mitgliedern gewählt, so ist sie kein »verfassungsmäßig berufener Vertreter«.

§ 38.

Eine eingehende Untersuchung erfordert bei den Personen des öffentlichen Rechtes, z. B. dem Staate — § 89 dehnt die Vorschrift des § 31 auf diese aus[138] — die Entscheidung der Frage, ob die Beamten überhaupt und welche Beamten »verfassungsmäßig berufene Vertreter« sind.

„Zwar, soweit die Vertretung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Gesetz oder Gewohnheitsrechte geordnet ist, wird wohl nicht leicht jemand zweifeln, daß die Vertretung verfassungsmäßig ist. So sind z. B. die Stellvertreter des Reichskanzlers gewiß verfassungsmäßige Organe des Reiches.“[139]

Die Mehrzahl aller Beamten aber werden nicht durch Gesetz auf ihren Posten berufen, sondern werden auf Grund von Dienstanweisungen, Instruktionen oder Reglements durch die einzelnen Verwaltungsbehörden mit der ihrer Stellung entsprechenden Vertretungsmacht ausgestattet.

---

[138] Nach § 86 findet § 31 auch auf die Stiftungen Anwendung; cf. aber die Einschränkung des § 89 durch Art. 77 B. G. B.!

[139] Lenel, »Deutsche Juristenzeitung«. 1902, Nr. 1 S. 11.

§ 39.

Sind aber diese Satzungen nun als Verfassung im Sinne des § 31 anzusehen?

Je nachdem man diese Frage bejaht oder verneint, ergeben sich über die Haftung des Staates für Schaden stiftende Handlungen seiner Beamten folgende Konsequenzen:

Im Falle der Bejahung muß der Staat »unbedingt« haften, mag der den Schaden Verursachende ein Minister oder Regierungspräsident, ein Postbote oder Schließer der Eisenbahnschranken sein. Verneint man obige Frage, so haftet der Staat »unbedingt«[140] nur für die »obersten Verwaltungsspitzen«,[141] für »die in einer unbeaufsichtigten und superioren Stellung tätigen Personen«,[142] die allein als »verfassungsmäßig berufene Vertreter« in Betracht kommen, während er bez. der anderen Beamten, deren Vertreterschaft nicht verfassungsmäßig geregelt ist, nur nach den allgemeinen Grundsätzen, also nach § 831 Ersatz zu leisten hat, und gemäß dieser Gesetzesvorschrift ist ihm der Exkulpationsbeweis gestattet.

§ 40.

Die Judikatur hat sich dahin entschieden, den Staat auf Grund des § 31 für jeden Beamten haften zu lassen,[143] was dem praktischen Bedürfnisse wohl ent-

[140] cf. Gruchot, Bd. 44 S. 968; Bd. 45 S. 75; ferner cf. R. G., Bd. 19 S. 350; Bd. 39 S. 185 ff.

[141] Lenel, Deutsche Juristenzeitung, 1902, Nr. 1 S. 11.

[142] Klingmüller, Deutsche Juristenzeitung, 1902, Nr. 7 S. 172.

[143] cf. Gruchot, Bd. 44 S. 715 und R. G. Bd. 56 S. 85.

spricht. »Theoretisch ist aber diese Praxis nach dem B. G. B. sehr schwer zu rechtfertigen. Mag es auch so gewiß sein, daß die amtlichen Dienstanweisungen und Reglements keine privatrechtlichen Aufträge und Vollmachten sind, in dem einen Punkt, auf den es ankommt, stimmen sie mit letzteren überein: sie sind lediglich Äußerungen der allgemeinen Vertretungsmacht der vorgesetzten Behörde, können von dieser beliebig erlassen, abgeändert und zurückgezogen werden, und so wenig man den vom Vorstand einer privatrechtlichen juristischen Person bestellten Verkäufer oder Reisenden als verfassungsmäßiges Organ gelten lassen darf, so wenig wird es angehen, die durch eine Dienstanweisung erteilte Vertretungsmacht als eine verfassungsmäßig zustehende zu bezeichnen. — Ein Großindustrieller, der Tausende von Arbeitern beschäftigt, haftet für die Delikte, die seine Beamten in Ausführung ihrer Verrichtungen Dritten gegenüber begehen, nur nach Maßgabe des § 831, d. h. praktisch in der Regel garnicht.[144] Gesetzt das Unternehmen würde verstaatlicht und der Fiskus führte den Betrieb durch seine Beamten, so würde an Stelle des § 831 der § 31 treten und damit die unbedingte Verantwortlichkeit des Unternehmers gegeben sein. Diese differente Behandlung läßt sich durch innere Gründe nicht rechtfertigen; die strenge

---

[144] Es wird nämlich dem Großindustriellen stets möglich sein, den Beweis dafür zu erbringen, daß ihn keine *culpa in eligendo vel in custodiendo* trifft,

Haftung wäre bei dem Großindustriellen nicht minder als beim Fiskus am Platz.“[145]

§ 41.

Wir haben oben[146] von den »besonderen Vertretern« des § 30, die auf Grund der Satzung durch die Korporation, und von »Sondervertretern«, die auf Grund der Satzung vom Vorstande angestellt sind, gesprochen. Es ist wohl am Platze, noch die Personen zu erwähnen, die der Vorstand aus eigener Initiative anstellt. Auf diese bezieht sich die im § 31 statuierte Vereinsverantwortlichkeit niemals.

Wer aber für den durch diese verursachten Schaden haften soll, darüber kann man im Zweifel sein, je nachdem man sie für Vertreter des Vorstandes oder Gehilfen des Vereins ansieht.

Als Gehilfen des Vereins sind sie zwar vom Vorstande angestellt, da der Verein ja nur auf diesem Umwege in Aktion treten kann. Sie sind tätig für den Verein, Organe des Vereins aber sind sie nicht, da die Satzung ihre Berufung nicht erwähnt; und so kommen für sie, mag man sie für Gehilfen des Vereins oder Vertreter des Vorstandes ansehen, diejenigen Rechtssätze in Anwendung, die eine Haftung der natürlichen Person für fremdes Verschulden aussprechen, die §§ 164, 278 und 831.[147]

---

[145] Lenel, Deutsche Juristenzeitung, 1902, Nr. 1 S. 11 — cf. hierzu Klingmüller, Deutsche Juristenzeitung, 1902, Nr. 11 S. 269/270.

[146] cf. § 36 der Ausführungen.

[147] cf. Goldmann-Lilienthal S. 81: Die juristischen Per-

Wer der »Hafter«[148] ist, ob der Verein oder der Vorstand, das wollen wir dahingestellt sein lassen. Darüber aber ist wohl kein Zweifel, daß der Vorstand allemal dann für den angerichteten Schaden haftet, wenn er unter Überschreitung seiner gesetzlichen Vertretungsmacht, und diese „reicht grundsätzlich so weit, als die Rechtsfähigkeit des Vereins reicht, d. h. nicht über die dem Verein durch Statut oder Verleihung gegebenen Zwecke hinaus.“[149] Dritte als Vertreter hat fungieren lassen.

§ 42.

Vorausgesetzt wird bei der Haftung der juristischen Person für Handlungen ihrer Organe, daß diese „in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen“[150] einem anderen Schaden zugefügt haben. Unter »Verrichtung« ist jede tatsächliche und rechtliche Handlung zu verstehen, was wir annehmen dürfen, wenn wir den Gesetzestext mit dem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“ vergleichen.

In diesem stand im § 46: »in Ausübung seiner Vertretungsmacht«; in der zweiten Kommission aber wurde die heutige Fassung statuiert, „weil der Ent-

sonen „haften für die Handlungen anderer zu einer Verrichtung bestellten Personen ebenso, wie die natürlichen Personen für die von ihnen zu einer Verrichtung bestellten Personen haften, nämlich nach § 831.“

[148] Diesen *terminus technicus* gebraucht Pappenheim in der »Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.« Bd. 44 S. 600.

[149] Rehbein S. 45.

[150] cf. § 31 B. G. B.

wurf unter »Vertretungsmacht« die Macht zur Vertretung im rechtsgeschäftlichen Handeln verstehe, während hier auch die Befugnis und Verpflichtung zur Ausführung tatsächlicher Handlungen getroffen werden müsse.“ [151]

Der Unterschied zwischen der Fassung des Entwurfes, der also die Grenze zu eng zog, und der heutigen Gesetzesvorschrift mag an zwei Beispielen veranschaulicht werden:

Nach dem Entwurf würde der Verein nur haften, wenn der »verfassungsmäßig berufene Vertreter« bei Abschluß eines Kaufvertrages dem Gegenkontrahenten gegenüber betrügerisch vorgeht, indem er etwa schlechte Ware für mangelfreie verkauft.

Heute aber ist der Verein auch verantwortlich, wenn der »verfassungsmäßig berufene Vertreter« »in Ausführung tatsächlicher Verrichtungen« Schaden zufügt, wenn er z. B. in der einer juristischen Person gehörigen chemischen Fabrik kosmetische Mittel herstellen läßt, die vom Patentamte schon für eine andere Firma geschützt sind.

Präcisieren wir unseren Standpunkt,[152] bevor wir zu der Frage über die Vereinshaftung für die Handlungen Stellung nehmen, welche die verfassungsmäßig berufenen Vertreter »bei Gelegenheit« der von ihnen zu erfüllenden Verrichtungen vornehmen, noch mit den Worten Leske's:

---

[151] Protocolle der zweiten Kommission Bd. I S. 523.

[152] Eine Erweiterung desselben siehe § 45 unserer Ausführungen.

„Was die Haftung der Korporation für Handlungen ihrer Vertreter anlangt, so ist jetzt in der Theorie wie in der Praxis des preußischen Rechtes anerkannt, daß für die Erfüllung der aus Kontraktverhältnissen hervorgehenden und der durch specielle Gesetze auferlegten Verpflichtungen die juristischen Personen (Korporationen) gleich den physischen Personen haften. Die von den Willensorganen der Korporation in den Grenzen ihrer Vertretungsbefugnisse vorgenommenen Handlungen stellen sich als Willensakte der Korporation selbst dar. Ein fehlerhaftes Verhalten der Willensorgane gilt als eignes Versehen der Korporation.“ [153]

§ 43.

Von dem Schaden, den das Organ „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“ einem Dritten zufügt, ist, wie in der zweiten Kommission ausdrücklich ausgesprochen wurde, jene Schadenszufügung wohl zu unterscheiden, die nur »bei Gelegenheit« solcher Verrichtungen vorgenommen worden ist.

Mag auch der Gesichtspunkt, aus dem heraus diese Unterscheidung getroffen ist, sehr einleuchtend sein, so wird man doch in der Praxis dieser Bestimmung nicht immer gerecht werden können. „Denn die Grenzen zwischen beiden Begriffen sind oft so verschwommen, daß es in der Tat oft Schwierigkeiten machen wird, zu sagen, wo die schadensersatzpflichtige Handlung

---

[153] Leske S. 42.

aufhört, und in welchem Punkte sie den Charakter einer nur gelegentlich der Verrichtung begangenen Handlung annimmt.“[154]

§ 44.

Den Handlungen stehen pflichtwidrige Unterlassungen des verfassungsmäßig berufenen Vertreters gleich, wenn er etwa verabsäumt hat, bei seinen Dienstverrichtungen die vorschriftsmäßigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.[155]

So hat gemäß einem Urteil vom 27. Februar 1900[156] der Bezirksverband zu Kassel den Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, daß ein von ihm angestellter »Wagenaufseher« auf einer der allgemeinen Aufsicht des Verbandes unterworfenen Wegestrecke einen Wasserwagen unbeleuchtet des Nachts hatte stehen lassen.

§ 45.

Die Frage endlich, welcher Art und welchen Ursprunges der angerichtete Schade sein muß, ist gemäß § 31 leicht zu beantworten, denn, »eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung« besagt, daß ein besonders gearteter Nachteil nicht zugefügt sein muß, daß für »jeden« Schaden Ersatz geleistet wird.

[154] Saenger S. 14. — cf. die Beispiele aus der franz. Civilpraxis, die Noeldecke bei Gruchot anführt, die Interpretation von „*dans les fonctions*“, des Art. 1384 *Code civil* führt zu ganz sonderbaren Entscheidungen.

[155] cf. Korn S. 182.

[156] Bei Gruchot, Bd. 44 S. 715 ff.

Wo also immer und in welchem Umfange auf Grund des Gesetzes Entschädigung gegeben werden muß, da liegt es auch dem Vereine ob, für die durch seine Organe erfolgten Schädigungen einzustehen. „Die Haftung tritt für jede zum Schadensersatze verpflichtende Handlung ein, mag dieselbe verschuldet oder unverschuldet, widerrechtlich oder nicht widerrechtlich, rechtsgeschäftlich oder rein tatsächlich sein, in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen.“[157]

In diesem Sinne äußert sich auch Leske:

„Das B. G. B. hat also die Haftung der Korporation insofern noch erweitert, als sie »jede« Handlung zu vertreten hat, die zum Schadensersatze verpflichtet, ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Vereins oder seiner Vertreter.“[158]

§ 46.

Wenn auch meistens in den Fällen, da ein Schade angerichtet wird, ein Verschulden vorliegt, so sind immerhin Gelegenheiten gegeben, bei denen der Schade ersetzt werden muß, ohne daß das Organ ein Verschulden trifft.

So haftet die juristische Person für die objektiv unberechtigte Selbsthülfehandlung seines Organs gemäß § 231; für schuldlose Schadenszufügung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 833; wenn Sachen durch Notstandshandlungen des Organs beschädigt oder zer-

[157] Neumann S. 49.
[158] Leske S. 42.

stört werden, die nach § 904 Satz 2 ersetzt werden müssen.[159]

„Ebenso dürfte von dem Verein in den Fällen des § 122, sofern eine von seinem verfassungsmäßigen Vertreter abgegebene Erklärung nichtig oder angefochten ist, das sog. negative Interesse zu ersetzen sein. Denn auch dies ist Schadensersatz auf Grund einer hiezu verpflichtenden, nicht notwendig schuldhaften Handlung."[160]

§ 47.

Ebenso wie sich aus der allgemeinen Wortfassung des § 31 — hat »den Schaden« zu ersetzen — ergibt, daß der Verein haftet, gleichgültig ob seine Organe bei Anrichtung des Schadens eine *culpa* trifft oder nicht, so zwingt uns der Gesetzestext auch zu konstatieren, daß die juristische Person, wie für kontraktliche Handlungen, so auch für die Delikte ihrer Organe einstehen muß. „Der Unterschied zwischen der »unerlaubten Handlung«, dem Delikte, und dem kontraktlichen Verschulden besteht darin, daß bei dem letzteren in ein specielles zwischen zwei Personen bestehendes Rechtsverhältnis durch äußerlich zu Tage tretende Schuld eine rechtswidrige Störung von einer der beiden Seiten hineingetragen wird, während es sich bei dem Delikte zunächst um den Bruch der Rechtsordnung in ihrer Allgemeinheit, um die Verschiebung der Grenzen handelt, die von der Rechtsordnung zwischen den

[159] cf. die Beispiele bei Saenger S. 124.
[160] Staudinger S. 124.

Rechtsgütersphären der einzelnen Menschen als solcher gezogen sind."[161]

§ 48.

„Unerlaubte Handlungen können die Vereine nicht begehen, sie können daher auch niemals aus der Selbstbegehung eines Deliktes haften, wenn die Vorstandsmitglieder durch unerlaubte Handlung Schaden stiften."[162] Gegen diese Ansicht müssen wir opponieren, ebenso dagegen, daß der Verein haftet, soweit er aus den unerlaubten Handlungen der verfassungsmäßig berufenen Vertreter bereichert ist.

In konsequenter Durchführung der Organtheorie — Verband samt Organ ist »ein« Individuum — hat man nicht nötig, nach einer Begründung der Deliktsfähigkeit und demgemäß der Deliktshaftung der juristischen Person zu suchen.

Wir haben oben[163] die Handlungsfähigkeit der Korporation konstatiert; „wenn ihr im Wollen und Handeln die Vernünftigkeit der Organe zugute kommt, so muß sie ihr auch zukommen, wenn die Organe innerhalb dieses Kreises, in dem sie für die juristische Person wollen und handeln, ein Unrecht beschließen und ausführen."[164]

Was immer das Organ innerhalb seiner Vertretungsmacht vornimmt, das gilt als Handlung des Verbandes,

[161] Rhomberger S. 51.
[162] Matthiaß S. 117.
[163] cf. § 28 unserer Ausführungen.
[164] Kohler S. 329.

gleichgültig, ob das Organ jene Macht zum Guten anwendet oder sie mißbraucht.[165]

§ 49.

So ist denn heute, nachdem die Deliktsfähigkeit der juristischen Person bis zum Inkrafttreten des B. G. B. zu den heftigsten Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben hat, der Grundsatz: „*Universitas delinquere potest*" vom B. G. B. anerkannt worden![166]

Mögen für die Kodifikation »Zweckmäßigkeitsrücksichten«[167] zu dieser Erweiterung der Haftung maßgebend gewesen sein, oder mag sie damit der Tendenz von vielen deutschen Gerichten nachgegeben haben, für uns ist allein das Moment maßgebend, daß sich aus der Organtheorie unmittelbar die Deliktsfähigkeit und damit auch die Deliktshaftung der juristischen Person ergibt.[168]

---

[165] cf. dagegen v. Liszt, S. 109, der eine „reine Haftung für »fremdes« Delikt" annimmt.

[166] Die Frage, ob der Verband als solcher bestraft werden kann, ist zu verneinen. cf. R. G. Strafsachen, Bd. 24 S. 226.

[167] cf. Motive S. 103.

[168] Über die Frage, ob dem geschädigten Dritten neben dem Vereine event. noch das Organ Ersatz leisten muß, und über das event. Regreßrecht des Vereins gegen das Organ cf. Saenger § 10; den in diesem Paragraphen gemachten Ausführungen schließen wir uns an.

C.

Ergebnis.

§ 50.

Blicken wir nunmehr zurück, so kommen wir zu folgendem Ergebnisse:

Die Vorschriften des § 31 haben mit der Stellvertretung des § 164 nichts zu tun!

§ 164 spricht »principiell« von der Vertretung einer physischen Person, und zwar handelt der Vertreter als selbständige Einzelperson für den Vertretenen.

§ 31 aber regelt die Haftung der juristischen Person für Handlungen ihrer »verfassungsmäßig berufenen Vertreter.«

Soll § 164 für die juristische Person bez. der Willenserklärungen ihrer Organe in Betracht kommen, — und wie Kohler sagt, „hat das Organhandeln mit dem stellvertretenden Handeln mehreres gemeinsam“[169] — so ist dieses nur auf dem Umwege möglich, daß man sich der Bestimmung des § 26 Absatz 2 bedient:

„Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“,

d. h. alle gesetzlichen Vorschriften über gesetzliche Vertreter finden auf den Vorstand Anwendung, also auch § 164, der vom gewillkürten und gesetzlichen Vertreter handelt.

[169] Kohler S. 333.

Unserer Ansicht nach ist es, da wir ja die juristische Person vom Standpunkte der Genossenschaftstheorie betrachten, überhaupt nicht nötig, den Umweg über § 26 Abs. 2 zu machen und § 164 anzuwenden. Die Organtheorie als solche führt dazu, daß von einer Vertretung auch bei Willenserklärungen nicht die Rede sein kann: Wenn immer das Organ handelt, so erklärt damit die Korporation ihren Willen! —

Wenn nun aber der Gesetzgeber ausdrücklich durch § 26 Abs. 2 auf § 164 hinsichtlich der Verbindlichkeit der Willenserklärungen der Organe für den Verband hinweist, so hat das unseres Erachtens darin seinen Grund, daß er, wie oben[170] ausgeführt ist, die Genossenschaftstheorie nicht ausdrücklich den Gesetzesbestimmungen zu Grunde gelegt hat. Hätte er die Organtheorie von vornherein ausdrücklich durch positive Bestimmungen festgelegt, so wäre es unnötig gewesen, noch besonders die Verbindlichkeit der Willenserklärungen der »verfassungsmäßig berufenen Vertreter« für die Korporation zu konstatieren, ja, es wäre überhaupt überflüssig gewesen, die §§ 31 ff. dem Gesetzestexte einzureihen, da in diesem Falle — Organ und Verein als Einheit angesehen — die Bestimmungen über die Einzelperson ohne weiteres angewandt werden müßten.

Jetzt aber ist es auch nur eine Konsequenz der Durchführung der Organtheorie, daß der Verein haftet, wenn seine Organe unerlaubte Handlungen begehen, da er selbst diese begeht.

---

[170] cf. §§ 26 ff. unserer Ausführungen.

Auch bez. dieser Frage mußte der Gesetzgeber, da er die Organtheorie nicht als leitenden Gesichtspunkt bei Abfassung des B. G. B. angenommen hat, andere Normen aufstellen, aus denen sich praktisch in derselben Weise die Haftung für die Organe ergab; diese Normen gibt eben § 31.

Danach kommt für uns, und damit stimmen wir mit Saenger überein, der immer die »konsequente Durchführung des Organbegriffes«[171] betont, § 278 nicht mehr in Betracht, ebensowenig § 831, denn „die Voraussetzungen sind bei den §§ 278 und 831 einerseits und dem § 31 andrerseits verschieden. Hier ist in der Handlung des verfassungsmäßigen Vertreters eine solche des Vereins selbst zu sehen, dort ist die Handlung des schädigenden Teiles eine fremde im Verhältnis zu dem Ersatzpflichtigen. Hier kommen also Rechtssätze über eigene Schadenszufügung in Frage, dort diejenigen über Haftung für Dritte.[172]

Darin aber müssen wir Saenger der Inkonsequenz zeihen, daß er sich zur Heranziehung von § 164 auf § 26 Abs. 2 stützt, dabei aber § 278 außer Acht läßt, der auch vom »gesetzlichen Vertreter« spricht.

Als nicht folgerichtig erscheint es uns auch, wenn Fischer-Henle behauptet, „§ 31 erweitert die Haftung aus § 831;“[173] dieser Paragraph kommt nur in Frage, wenn zwei selbständige Personen einer Dritten gegen-

---

[171] Saenger S. 22.
[172] Derselbe S. 22/23.
[173] Fischer-Henle, Anm. 1 zum § 31.

über stehen, jener aber faßt doch Verein und Vertreter als Einheit zusammen.

„Indem § 26 sagt: »Der Vorstand hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters« wollte man, wie in der zweiten Kommission hervorgehoben wurde, die »Konstruktionsfrage« unentschieden lassen, ... man wollte aber auch zugleich aussprechen, daß »alle Befugnisse eines gesetzlichen Vertreters« dem Vorstande zustehen, man wollte hiermit „die Vorteile wahren, welche sich aus dem »Hinweis« auf die Stellung eines gesetzlichen Vertreters für die Bemessung des Umfanges der Vertretungsmacht des Vorstandes ergeben.“ (Prot. I. 509.) In der Tat erschöpft aber der Satz, daß der Vorstand »die Stellung eines gesetzlichen Vertreters« habe, nicht die rechtliche Bedeutung der dem Vorstand vom Gesetz zugewiesenen Stellung. Daß der Vorstand nicht bloß als gesetzlicher Vertreter, sondern im Sinne des Gesetzes durch ihn »unmittelbar der Verein« handelt, daß er also »Organ« des Vereins ist, ergibt der § 43 und vor allem der § 31 B. G. B.“[174]

Re vera ist also das Gesetz über seine eigenen Worte »Stellung eines gesetzlichen Vertreters« hinausgegangen und hat tatsächlich der Organtheorie, wie oben[175] ausgeführt ist, die weitgehendsten Zugeständnisse gemacht. — —

[174] Staudinger S. 145.

[175] §§ 27 ff. unserer Ausführungen.